



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

24 mei 2016\*

„Prejudiciële verwijzing — Artikel 267 VWEU — Bevoegdheid van het Hof — Hoedanigheid van rechterlijke instantie van het verwijzende orgaan — Overheidsopdracht in de sector spoorweginfrastructuur — Onderhandelingsprocedure — Richtlijn 2004/17/EG — Artikel 10 — Artikel 51, lid 3 — Beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers — Combinatie van twee vennootschappen die als inschrijver is toegelaten — Offerte ingediend door een van de twee vennootschappen in eigen naam na faillietverklaring van de andere vennootschap — Vennootschap die beschouwd wordt als geschikt om te worden toegelaten als zelfstandig inschrijver — Gunning van de opdracht aan deze vennootschap”

In zaak C-396/14,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Klagenævn for Udbud (commissie voor aanbestedingsgeschillen, Denemarken) bij beslissing van 18 augustus 2014, ingekomen bij het Hof op 20 augustus 2014, in de procedure

**MT Højgaard A/S,**

**Züblin A/S**

tegen

**Banedanmark,**

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, A. Tizzano, vicepresident, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J. L. da Cruz Vilaça en A. Arabadjiev, kamerpresidenten, E. Juhász (rapporteur), A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, C. G. Fernlund en C. Vajda, rechters,

advocaat-generaal: P. Mengozzi,

griffier: I. Illéssy, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 8 september 2015,

gelet op de opmerkingen van:

— MT Højgaard A/S en Züblin A/S, vertegenwoordigd door T. Høg, advocat,

\* Procestaal: Deens.

- de Deense regering, vertegenwoordigd door C. Thorning als gemachtigde, bijgestaan door R. Holdgaard, advocat,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Grønfeldt, M. Clausen en A. Tokár als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 25 november 2015,

het navolgende

### Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van het beginsel van gelijke behandeling van ondernemers in artikel 10 van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1), in samenhang met artikel 51 van deze richtlijn.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen MT Højgaard A/S en Züblin A/S, enerzijds, en Banedanmark, beheerder van de spoorweginfrastructuur in Denemarken, anderzijds, over de rechtmatigheid van de gunning van een overheidsopdracht door Banedanmark, in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst, aan Per Aarsleff A/S.

### Toepasselijke bepalingen

#### *Unierecht*

- 3 Overweging 9 van richtlijn 2004/17 luidt als volgt:

„Om de openstelling voor mededinging te garanderen van overheidsopdrachten die gegund zijn door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, is het raadzaam om voor opdrachten boven een bepaalde waarde bepalingen voor coördinatie door de Gemeenschap op te stellen. Deze coördinatie is gebaseerd op de consequenties van de artikelen 14, 28 en 49 EG-Verdrag en artikel 97 Euratom-Verdrag, dat wil zeggen de beginselen van gelijke behandeling, waarvan het beginsel van niet-discriminatie een bijzondere uiting is, van wederzijdse erkenning, van evenredigheid en van doorzichtigheid. Gezien de aard van de sectoren waarop deze coördinatie betrekking heeft, moet zij, zonder aan de genoemde beginselen afbreuk te doen, een kader voor loyale handelspraktijken scheppen en ruimte laten voor de grootst mogelijke soepelheid.

[...]”

- 4 Artikel 10 van deze richtlijn, met als opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten”, luidt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op doorzichtige wijze.”

5 Artikel 11 van deze richtlijn, met als opschrift „Ondernemers”, bepaalt in lid 2:

„Combinaties van ondernemers mogen inschrijven of zich als gegadigde opgeven. Voor de indiening van een inschrijving of een verzoek tot deelneming kan de aanbestedende dienst van de combinaties van ondernemers niet verlangen dat zij een bepaalde rechtsvorm zouden hebben, maar van de combinatie waaraan de opdracht wordt gegund kan wel worden geëist dat zij een bepaalde rechtsvorm zal aannemen, mits dit voor de goede uitvoering van de opdracht nodig is.”

6 Artikel 51 van dezelfde richtlijn, dat deel uitmaakt van hoofdstuk VII, bepaalt onder het opschrift „Algemene bepalingen”:

„1. Voor de selectie van deelnemers aan hun gunningsprocedures:

- a) sluiten aanbestedende diensten die regels en criteria hebben vastgesteld voor de uitsluiting van inschrijvers of gegadigden overeenkomstig artikel 54, leden 1, 2 of 4, ondernemers die aan dergelijke regels en criteria voldoen, uit;
- b) selecteren zij inschrijvers en gegadigden overeenkomstig de objectieve regels en criteria die op grond van artikel 54 worden bepaald;
- c) beperken zij in niet-openbare procedures en in procedures van gunning door onderhandelingen met een oproep tot mededinging, in voorkomend geval, het aantal op grond van de punten a) en b) geselecteerde gegadigden, overeenkomstig artikel 54, lid 3.

[...]

3. De aanbestedende diensten toetsen de door de aldus geselecteerde inschrijvers ingediende inschrijvingen aan de op de inschrijvingen toepasselijke regels en voorschriften, en gunnen de opdracht op basis van de in de artikelen 55 en 57 genoemde criteria.”

7 Artikel 54 van richtlijn 2004/17, met als opschrift „Kwalitatieve selectiecriteria”, luidt:

„1. De aanbestedende diensten die selectiecriteria bij een openbare procedure opstellen, doen dit volgens objectieve regels en criteria die aan de belangstellende ondernemers ter beschikking worden gesteld.

2. De aanbestedende diensten die de gegadigden selecteren voor een niet-openbare aanbestedingsprocedure of een procedure van gunning door onderhandelingen, doen dit in overeenstemming met de door hen omschreven objectieve regels en criteria, die aan belangstellende ondernemers ter beschikking worden gesteld.

3. Bij een niet-openbare procedure of een procedure van gunning via onderhandelingen kunnen de criteria gebaseerd zijn op de objectieve noodzaak voor de aanbestedende dienst de gegadigden te beperken tot een aantal dat door het noodzakelijke evenwicht tussen enerzijds de specifieke kenmerken van de aanbestedingsprocedure en anderzijds de daarvoor vereiste middelen wordt gerechtvaardigd. Bij de vaststelling van het aantal gegadigden dient echter rekening te worden gehouden met de noodzaak voldoende concurrentie te waarborgen.

[...]”

### *Deens recht*

- 8 In § 2, lid 1, van de lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (wet inzake bepaalde commerciële ondernemingen), bekendgemaakt bij lovbekendtgørelse (consolidatiebesluit) nr. 1295 van 15 november 2013, wordt het begrip interessentskab (personenvennootschap) in overeenstemming met de rechtspraak en de doctrine als volgt gedefinieerd:

„Onder personenvennootschap in de zin van deze wet wordt verstaan een onderneming waarvan alle deelnemers persoonlijk, onbeperkt en solidair aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van de onderneming.”

### **Hoofdgeding en prejudiciële vraag**

- 9 Bij bekendmaking van januari 2013 heeft Banedanmark een procedure van gunning door onderhandelingen met voorafgaande oproep tot mededinging in de zin van artikel 47 van richtlijn 2004/17 ingeleid voor de gunning van een overheidsopdracht voor de aanleg van een nieuwe spoorlijn tussen Kopenhagen en Ringsted, een project met de naam „TP 4 Urban Tunnels”. Het criterium voor de gunning van de opdracht was de economisch voordeligste inschrijving.
- 10 Volgens de aankondiging van opdracht was Banedanmark voornemens vier tot zes kandidaten uit te nodigen om een offerte in te dienen en zou zij bij meer dan zes kandidaten een preselectie maken. Bovendien blijkt uit het bestek dat de procedure inhield dat de inschrijvers in de loop van de procedure drie opeenvolgende offertes zouden indienen. Na de indiening van de eerste twee offertes zou onderhandeld worden, waarbij de derde en laatste offerte diende te leiden tot gunning van de opdracht.
- 11 In totaal hebben vijf ondernemers ingeschreven voor de preselectie. Onder hen was de combinatie bestaande uit MT Højgaard en Züblin (hierna: „combinatie Højgaard en Züblin”) en de combinatie bestaande uit Per Aarsleff en E. Pihl og Søn A/S (hierna: „combinatie Aarsleff en Pihl”). Banedanmark heeft alle vijf gegadigden gepreselecteerd en hen uitgenodigd in te schrijven.
- 12 In juni 2013 heeft een van deze ondernemers zich teruggetrokken uit de procedure, zodat nog slechts vier gepreselecteerde inschrijvers overbleven.
- 13 Op 26 augustus 2013 hebben Pihl en Aarsleff de overeenkomst tot oprichting van de combinatie Aarsleff en Phil gesloten. Eveneens op 26 augustus 2013 heeft de bevoegde rechter E. Pihl og Søn failliet verklaard. Banedanmark heeft in de loop van de middag van die dag kennisgenomen van het faillissement en Per Aarsleff onverwijld gevraagd naar de impact van het faillissement op de lopende aanbestedingsprocedure. Ondanks deze faillietverklaring heeft de combinatie Aarsleff en Phil op 27 augustus 2013 een eerste offerte ingediend, die was ondertekend door de twee vennootschappen maar niet door de faillissementscurator van de failliet.
- 14 Op 15 oktober 2013 heeft Banedanmark aan alle inschrijvers zijn besluit medegedeeld om Per Aarsleff toe te staan zelfstandig te blijven deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Banedanmark heeft deze beslissing gerechtvaardigd met de overweging dat Per Aarsleff, de grootste onderneming in Denemarken in termen van omzet in de boekjaren 2012 en 2013, voldeed aan de voorwaarden voor deelname aan de onderhandelingsprocedure, zelfs zonder de technische en financiële capaciteiten van E. Pihl og Søn. Bovendien heeft Per Aarsleff meer dan vijftig werknemers van E. Pihl og Søn overgenomen, onder wie sleutelpersonen voor de verwezenlijking van het betrokken project.
- 15 Per Aarsleff heeft in eigen naam een tweede offerte ingediend en meegedeeld dat deze werd ingediend door haar als opvolger van de combinatie Aarsleff en Pihl, dat de curator van de failliete boedel niet had aangegeven of hij de overeenkomst tot oprichting van de combinatie wilde voortzetten en dat Per

Aarsleff derhalve deze overeenkomst had opgezegd. Op grond van de beoordeling van de tweede reeks offertes heeft Banedanmark, in overeenstemming met de aanbestedingsvoorwaarden, drie inschrijvingen geselecteerd met het voornemen de economisch voordeligste inschrijving vast te stellen, en heeft zij de drie geselecteerde ondernemingen verzocht om een derde en laatste offerte in te dienen. Onder hen was Per Aarsleff en de combinatie Højgaard en Züblin. Deze laatste offertes zijn op 12 december 2013 door de drie inschrijvers ingediend.

- 16 Op 20 december 2013 heeft Banedanmark de drie geselecteerde inschrijvers meegedeeld dat zij had besloten om de opdracht te gunnen aan Per Aarsleff, die vanuit het oogpunt van kwaliteit en prijs de economisch voordeligste inschrijving had ingediend. In deze offerte werd een bedrag van 920 300 000 Deense kronen (DKK) (ongeveer 123 402 000 EUR) genoemd.
- 17 Na dat besluit hebben MT Højgaard en Züblin beroep ingesteld bij de Klagenævnet for Udbud (commissie voor aanbestedingsgeschillen, Denemarken) en onder meer aangevoerd dat Banedanmark in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en van doorzichtigheid als bedoeld in artikel 10 van richtlijn 2004/17 had gehandeld door toe te staan dat Per Aarsleff, die zelf geen gepreselecteerde inschrijver was, aan de aanbestedingsprocedure deelnam in plaats van de combinatie Aarsleff en Pihl. MT Højgaard en Züblin hebben derhalve de Klagenævnet for Udbud verzocht het besluit tot gunning van de opdracht aan Per Aarsleff nietig te verklaren en de uitvoering ervan te schorsen.
- 18 De Klagenævnet for Udbud heeft in de eerste plaats beslist het beroep geen schorsende werking toe te kennen. In zijn verwijzingsbeslissing heeft hij vervolgens overwogen dat Per Aarsleff op grond van de inlichtingen die over haar waren verstrekt, zou zijn gepreselecteerd indien zij in eigen naam aan de preselectie had deelgenomen in plaats van als lid van de combinatie Aarsleff en Pihl. De Klagenævnet for Udbud zet tevens uiteen dat het Deense recht geen bepaling kent die verbiedt dat de samenstelling van een combinatie van ondernemers die aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht deelneemt, na de indiening van de offertes wordt gewijzigd.
- 19 De Klagenævnet for Udbud overweegt voorts dat Banedanmark in de aankondiging van de opdracht geen kwalitatieve minimumeisen aan de technische capaciteiten van de inschrijvers had gesteld en pas tot een kwalitatieve beoordeling van de aanvragen hoefde over te gaan indien er meer dan zes gegadigden waren. Per Aarsleff was dus in eigen naam, zonder deel uit te maken van de combinatie Aarsleff en Pihl, voor preselectie in aanmerking gekomen. De omstandigheid dat Per Aarsleff A/S in de plaats is getreden van de combinatie heeft voor het overige geen betekenis gehad voor de situatie van de inschrijvers, aangezien geen van de inschrijvers is uitgesloten van de preselectie of zou zijn afgewezen indien Per Aarsleff zelfstandig aan de preselectie had deelgenomen. Bovendien moet de wijziging van een combinatie vóór de gunning van de opdracht worden onderscheiden van de situatie dat deze verandering zich voordoet na de gunning.
- 20 Niettemin heeft de Klagenævnet for Udbud bedenkingen bij de verenigbaarheid van de gevolgde procedure met het beginsel van gelijke behandeling. Daarbij benadrukt deze rechter dat de wetgever van de Europese Unie voor overheidsopdrachten in de sectoren die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 vallen, niet even gedetailleerde regels heeft vastgesteld voor de toepassing van dat beginsel als in richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114).
- 21 Daarop heeft de Klagenævnet for Udbud de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet het beginsel van gelijke behandeling als bedoeld in artikel 10 van richtlijn [2004/17], gelezen in samenhang met artikel 51 ervan, aldus worden uitgelegd dat het in een situatie als de onderhavige eraan in de weg staat dat een aanbestedende dienst de opdracht gunt aan een inschrijver die niet aan de preselectie heeft deelgenomen en die bijgevolg niet is gepreselecteerd?”

## Bevoegdheid van het Hof

- 22 In punt 15 van het arrest van 18 november 1999, *Unitron Scandinavia en 3-S* (C-275/98, EU:C:1999:567) heeft het Hof vastgesteld dat de *Klagenævnen for Udbud* een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU is. De Deense regering wijst er evenwel op dat het Hof in het arrest van 9 oktober 2014, *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265), heeft vastgesteld dat de *Teleklagenævnen* (commissie voor telecommunicatiegeschillen, Denemarken) deze hoedanigheid daarentegen niet bezat, en verzoekt het Hof derhalve nader toe te lichten welke criteria in dit verband van toepassing zijn en in voorkomend geval te bevestigen dat de *Klagenævnen for Udbud* een rechterlijke instantie is.
- 23 Volgens vaste rechtspraak houdt het Hof, om te beoordelen of een verwijzend orgaan een „rechterlijke instantie” is, hetgeen uitsluitend door het recht van de Unie wordt bepaald, rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing van rechtsregels door het orgaan, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan (arrest van 6 oktober 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 24 In het hoofdgeding blijkt uit niets in het dossier dat aan het Hof is overgelegd dat het verwijzende orgaan niet voldoet aan de criteria van de wettelijke grondslag, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak en de toepassing van rechtsregels.
- 25 Met betrekking tot het criterium van de onafhankelijkheid – waaraan de *Teleklagenævnen* volgens het Hof in het arrest van 9 oktober 2014, *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265), niet voldeed, zoals de Deense regering opmerkt – moet om te beginnen worden opgemerkt dat de *Klagenævnen for Udbud*, anders dan de *Teleklagenævnen*, geen partij is in beroepen die bij de gewone rechter tegen zijn beslissingen worden ingesteld. Daaruit volgt dat hij de hoedanigheid van derde heeft ten opzichte van de partijen bij het geding, inzonderheid ten opzichte van de autoriteit die het voor hem bestreden besluit heeft vastgesteld.
- 26 Vervolgens moet met de advocaat-generaal in punt 44 van zijn conclusie worden opgemerkt dat er geen enkele functionele band is tussen het Erhvervs- og Vækstministerium (ministerie van Bedrijfsleven en Groei) en de *Klagenævnen for Udbud*; aan deze vaststelling wordt niet afgedaan doordat het secretariaat ervan bij dat ministerie is ondergebracht. Bovendien oefent dit orgaan zijn functies volledig autonoom uit, zonder hiërarchisch ondergeschikt te zijn of van wie dan ook instructies te ontvangen (zie in die zin arrest van 6 oktober 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 27 Met betrekking tot de onafhankelijkheid van de leden van het verwijzende orgaan moet worden benadrukt dat zij volgens § 1, lid 4, van bekendtgørelse nr. 887 om *Klagenævnet for Udbud* med senere ændringer (besluit nr. 887 betreffende de commissie voor aanbestedingsgeschillen, zoals gewijzigd) van 11 augustus 2011 gehouden zijn hun functie onafhankelijk uit te oefenen.
- 28 Uit het dossier blijkt dat het verwijzende orgaan in overeenstemming met § 9, lid 1, van lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (wet nr. 492 betreffende de uitvoering van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, zoals gewijzigd; hierna: „wet nr. 492”) van 12 mei 2010 bestaat uit een voorzitter en een aantal vicevoorzitters, die samen het voorzitterschap vormen, alsmede uit een aantal leden-deskundigen. Overeenkomstig § 9, lid 2, tweede alinea, van wet nr. 492 is het voorzitterschap samengesteld uit rechters van rechterlijke instanties die in eerste en tweede aanleg rechtspreken.
- 29 De *Klagenævnen for Udbud* is paritair samengesteld: in zijn gebruikelijke samenstelling bestaat dit orgaan uit een lid van het voorzitterschap, dat fungeert als voorzitter, en een lid-deskundige. Bovendien worden de beslissingen uit hoofde van § 10, lid 5, van wet nr. 492 genomen bij eenvoudige meerderheid van stemmen. Bij staking van de stemmen is de stem van de president doorslaggevend.

Dientengevolge beschikken de leden van dit orgaan die afkomstig zijn uit de Deense rechterlijke macht te allen tijde over de meerderheid van stemmen en is hun gewicht doorslaggevend bij de beslissingen van het orgaan.

- 30 De leden van het verwijzende orgaan die deel uitmaken van de rechterlijke macht genieten uit dien hoofde de bijzondere bescherming tegen afzetting die in § 64 van de Deense grondwet is neergelegd, een bescherming die zich uitstrekt tot de uitoefening van de functie van lid van het voorzitterschap van het verwijzende orgaan.
- 31 Daar de stem van de leden van het verwijzende orgaan die in hun hoedanigheid van leden van de rechterlijke macht deze bijzondere bescherming genieten, de doorslag geeft, kan de omstandigheid dat de leden-deskundigen van dit orgaan deze bescherming niet genieten, er hoe dan ook niet toe leiden dat de onafhankelijkheid van dit orgaan opnieuw ter discussie wordt gesteld.
- 32 Gelet op het voorgaande moet worden bevestigd dat de Klagenævnet for Udbud tevens voldoet aan het criterium van onafhankelijkheid. Derhalve moet dit orgaan worden gekwalificeerd als rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU.
- 33 Dientengevolge is het Hof bevoegd om de gestelde vraag te beantwoorden.

#### **Beantwoording van de prejudiciële vraag**

- 34 Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het beginsel van gelijke behandeling van ondernemers in artikel 10 van richtlijn 2004/17, in samenhang met artikel 51 van die richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst toestaat dat een ondernemer die deel uitmaakte van een gepreselecteerde combinatie van twee ondernemingen die in een procedure van gunning door onderhandelingen van een overheidsopdracht een eerste offerte heeft ingediend, na ontbinding van de combinatie in eigen naam blijft deelnemen aan deze procedure.
- 35 Voor het antwoord op deze vraag moet worden opgemerkt dat richtlijn 2004/17 geen regels bevat voor wijzigingen in de samenstelling van een combinatie van ondernemingen die is gepreselecteerd als inschrijver voor een overheidsopdracht, zodat het aan de lidstaten staat deze situatie te regelen (zie in die zin arrest van 23 januari 2003, *Makedoniko Metro en Michaniki*, C-57/01, EU:C:2003:47, punt 61).
- 36 Noch de Deense regeling noch de aankondiging van opdracht die in het hoofdeding aan de orde is, bevat daarvoor specifieke regels. In dat geval moet de vraag of de aanbestedende dienst een dergelijke wijziging mag toestaan, worden onderzocht aan de hand van de algemene beginselen van het recht van de Unie, met name het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, en aan de hand van de doelstellingen van het Unierecht op het vlak van overheidsopdrachten.
- 37 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting met name betekenen dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase waarin zij hun offertes voorbereiden als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst, en dat deze beginselen de grondslag vormen van de regels van de Unie op het gebied van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (zie in die zin arrest van 16 december 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 38 Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel

dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden (arresten van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punt 110, en van 12 maart 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punt 33).

- 39 Strikte toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, zoals met zoveel woorden neergelegd in artikel 10 van richtlijn 2004/17, in samenhang met artikel 51 van die richtlijn, zou erop neerkomen dat enkel geselecteerde ondernemers als zodanig offertes kunnen indienen en de opdracht enkel aan hen kan worden gegund.
- 40 Deze benadering berust op artikel 51, lid 3, van richtlijn 2004/17, dat bepaalt dat aanbestedende diensten „de door de aldus geselecteerde inschrijvers ingediende inschrijvingen” toetsen. Zoals de advocaat-generaal in punt 63 van zijn conclusie heeft opgemerkt, veronderstelt dat de geselecteerde ondernemers feitelijk en rechtens identiek zijn aan de ondernemers die de offertes indienen.
- 41 Niettemin kan het in het vorige punt van dit arrest genoemde vereiste van juridische en feitelijke identiteit getemperd worden om te waarborgen dat er in een procedure van gunning door onderhandelingen voldoende concurrentie is, zoals vereist door artikel 54, lid 3, van richtlijn 2004/17.
- 42 Zoals blijkt uit punt 10 van het onderhavige arrest was de aanbestedende dienst in het hoofdgeding van mening dat er voor het waarborgen van die concurrentie ten minste vier gegadigden moesten zijn.
- 43 Een ondernemer kan echter enkel in eigen naam blijven deelnemen aan de onderhandelingsprocedure na ontbinding van de combinatie waarvan hij deel uitmaakte en die door de aanbestedende dienst was geselecteerd onder omstandigheden die het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers niet aantasten.
- 44 Een aanbestedende dienst schendt dat beginsel niet als hij toestaat dat een van de twee ondernemers die deel uitmaakten van een combinatie van ondernemingen die als zodanig was uitgenodigd een offerte in te dienen, in de plaats treedt van die combinatie na ontbinding ervan en in eigen naam deelneemt aan de procedure van gunning door onderhandelingen van een overheidsopdracht, mits vast komt te staan dat deze ondernemer zelfstandig voldoet aan de door die dienst omschreven voorwaarden en de concurrentiepositie van de andere inschrijvers er niet onder lijdt als deze ondernemer aan de procedure blijft deelnemen.
- 45 Om te beginnen blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat Per Aarsleff in het hoofdgeding zou zijn geselecteerd als hij zelfstandig had deelgenomen (zie punt 18 van het onderhavige arrest).
- 46 Gezien de gegevens in het dossier – ten eerste dat de overeenkomst tot oprichting van de combinatie Aarsleff en Pihl is gesloten op de dag van de faillietverklaring van E. Phil og Søn, en ten tweede dat de eerste offerte van deze combinatie is ingediend op de dag erna zonder de ondertekening van de faillissementscurator van E. Pihl og Søn – staat het vervolgens aan de verwijzende rechter om na te gaan of de indiening van deze eerste offerte is aangetast door onregelmatigheden die eraan in de weg staan dat Per Aarsleff in eigen naam blijft deelnemen aan de betrokken onderhandelingsprocedure.
- 47 Ten slotte is het aan de verwijzende rechter na te gaan of Per Aarsleff een concurrentievoordeel geniet ten nadele van de andere inschrijvers vanwege de omstandigheid dat hij na de ontbinding van de combinatie Aarsleff en Pihl 50 werknemers van E. Pihl og Søn heeft overgenomen, onder wie sleutelpersonen voor de verwezenlijking van het betrokken project.
- 48 Gelet op het voorgaande moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat het beginsel van gelijke behandeling van ondernemers in artikel 10 van richtlijn 2004/17, in samenhang met artikel 51 daarvan, aldus moet worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst dat beginsel niet schendt als hij toestaat dat



een van de twee ondernemers die deel uitmaakten van een combinatie van ondernemingen die als zodanig was uitgenodigd een offerte in te dienen, in de plaats treedt van die combinatie na ontbinding ervan en in eigen naam deelneemt aan een procedure van gunning door onderhandelingen van een overheidsopdracht, mits vast komt te staan dat deze ondernemer zelfstandig voldoet aan de door die dienst omschreven voorwaarden en de concurrentiepositie van de andere inschrijvers er niet onder lijdt als deze ondernemer aan de procedure blijft deelnemen.

## Kosten

- <sup>49</sup> Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart voor recht:

**Het beginsel van gelijke behandeling van ondernemers in artikel 10 van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, in samenhang met artikel 51 van deze richtlijn, moet aldus worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst dat beginsel niet schendt als hij toestaat dat een van de twee ondernemers die deel uitmaakten van een combinatie van ondernemingen die als zodanig was uitgenodigd een offerte in te dienen, in de plaats treedt van die combinatie na ontbinding ervan en in eigen naam deelneemt aan een procedure van gunning door onderhandelingen van een overheidsopdracht, mits vast komt te staan dat deze ondernemer zelfstandig voldoet aan de door die dienst omschreven voorwaarden en de concurrentiepositie van de andere inschrijvers er niet onder lijdt als deze ondernemer aan de procedure blijft deelnemen.**

ondertekeningen